

## Il tramonto dottrinario del mito della giurisdizione unica alla luce dell'esperienza tra Orlando e Mortara \*

Le dissertazioni puramente teoriche hanno indubbiamente il loro pregio, ma, se non vogliono restare pure esercitazioni accademiche bisogna che muovano da quegli elementi obiettivi che loro presta la vita reale del diritto così meravigliosamente ricca e feconda di forme istituzionali tendenti ad adattare i principi astratti alla necessità dei rapporti sociali e al sempre mutevole stato della coscienza giuridica.  
(V. E. Orlando 1895-1898)

1. Una parte minoritaria della odierna dottrina nazionale, nonostante le evidenze contrarie che offre il panorama degli altri ordinamenti, continua a riproporre, quasi come un disco incantato, una serie di argomenti favorevoli all'avvento della giurisdizione unica, senza, a ben vedere, aggiungere nulla di nuovo, se non forse una nascosta *ratio* autoritaria e non più liberale, rispetto a quanto avevano già sostenuto i propugnatori dello stesso modello nel corso del secolo decimonono.

Ma ciò che soprattutto difetta è la considerazione dei percorsi del nostro pensiero giuridico tra la seconda parte dell'ottocento e gli inizi del novecento, dove, proprio in Italia, si ebbe l'occasione eccezionale di vagliare l'alternarsi di monismo e dualismo non più sul piano del solo confronto concettuale, bensì e soprattutto alla luce della resa concreta in termini di effettività della tutela.

Significativo è in tal senso l'itinerario di Vittorio Emanuele Orlando e di Lodovico Mortara, entrambi accademici, avvocati, politici, con incarichi parlamentari e di governo, e il secondo anche magistrato.

Si tratta di due esempi assai rappresentativi per diverse ragioni: l'autorevolezza degli studiosi, da un lato, il più grande maestro del diritto pubblico, d'altro lato, uno dei maestri del diritto processuale civile, attento alle problematiche della giustizia nei confronti dell'amministrazione; la complementarietà del loro apporto dai rispettivi angoli di visuale, uno pubblicistico, l'altro civilistico; il loro pieno coinvolgimento nella vita pratica dell'ordinamento, Orlando principe del foro e Mortara avvocato e poi giudice, nonché presidente della Corte di Cassazione.

Entrambi appartennero ad una generazione - Orlando nasce nel 1860, Mortara nel 1855- che informò devotamente la sua formazione al mito della giurisdizione unica, così come si era consolidato nella prevalente cultura giuridica italiana dopo la legge abolitiva contenzioso del 1865, sicché l'evoluzione del loro pensiero è, ai fini del nostro discorso, di particolare significato.

2. Nel suo primo importante lavoro del 1888<sup>1</sup>, sulla *Teoria giuridica delle guarentigie delle libertà*, Orlando mostra inequivocabilmente la sua piena adesione dottrina al modello della giurisdizione unica.

In termini generali il Maestro non ha tema di affermare immediatamente che "una giurisdizione amministrativa in senso proprio, cioè una giurisdizione appartenente al potere esecutivo *come tale*, non può esistere", semmai "la qualificazione 'amministrativa' ..., aggiunta a giurisdizione non ha né può avere altro

---

\* Il presente scritto è destinato agli Scritti in onore di Vincenzo Cerulli Irelli. La scelta del tema non è casuale, da un lato, rispondendo ai miei interessi scientifici, d'altro lato, e soprattutto, costituendo il modo per rendere più appropriato il senso di un omaggio a Vincenzo Cerulli Irelli, che, nella sua variegata e incessante produzione scientifica, ha anche fornito, già da giovane studioso, uno dei più importanti contributi alla complicata questione del riparto di giurisdizione e degli sviluppi del nostro ordinamento tra monismo e dualismo, mostrando con ciò l'importante qualità di un'immediata e viva attitudine alla ricostruzione sistematica: Il problema del riparto delle giurisdizioni. Premesse allo studio del sistema vigente, Pescara, 1979. Ricordo ancora come la lettura di questa monografia mi rese chiara, tra l'altro, la distinzione tra elementi discrezionali della fattispecie e fattispecie discrezionale, consentendomi di riflettere sulla impossibilità di articolare la tutela delle due giurisdizioni in relazione alla tipologia dei vizi.

<sup>1</sup> V. E. Orlando, *Teoria giuridica delle guarentigie delle libertà*, Torino, 1888, specie p. 54 ss.

senso che quello per cui si dice giurisdizione commerciale e militare: cioè come la dichiarazione di una materia speciale cui la giurisdizione si applica”.

E così che “non sono necessarie molte parole per dimostrare come il sistema del contenzioso amministrativo violi le idee più comuni sul modo con cui la giustizia va resa”, scontrandosi con “l’evidenza suprema che nessuno può essere giudice in causa propria”. Né può esser di rimedio la separazione tra organi del contenzioso e organi di amministrazione attiva, grazie alla quale in Francia si erano rintuzzati gli attacchi abolizionisti nella prima metà del XIX sec., poiché anche “una bene ordinata giurisdizione di funzionari amministrativi” rimane soggetta allo “spirito di corpo”: “Il funzionario *giudicante* potrà ben essere diverso dal funzionario *agente*: esso, tuttavia, anche in perfetta buona fede, sarà indotto a decidere in senso favorevole alle pretese di colui che rappresenta l’ordine, il corpo di cui esso fa parte”.

In definitiva, “nel campo dei principi, il sistema del contenzioso amministrativo non può trovare giustificazione alcuna”, mentre “l’unità della giurisdizione” costituisce una “conseguenza necessaria della divisione dei poteri”.

Tutto questo è già sufficiente per giustificare il proprio “assunto”, ma Orlando, per completezza, si fa carico di replicare a talune obiezioni, che arriva persino a definire come “errori” e “puerilità” volti a “sostenere un principio falso”. “Obbiezioni d’ordine giuridico”: l’obiezione che lo Stato non possa essere parte di un giudizio, subito definita da Orlando come “ingenua”, poiché una cosa è lo Stato che “rappresenta la sintesi di tutti i poteri sovrani, ed in questo senso si comprende benissimo che non possa essere parte di un giudizio”, altra cosa è “l’amministrazione pubblica” che “non è già tutto lo Stato, ma una parte di esso” (né più, né meno, nel linguaggio novecentesco, della distinzione tra Stato-soggetto e Stato-ordinamento). “Obbiezioni di ordine politico”: l’obiezione che “ai giudici ordinari mancherebbe la necessaria competenza per conoscere bene di una lite amministrativa”, mentre per Orlando è un “equivoco” il “credere che per applicare bene una legge, bisogna averne una speciale e profonda conoscenza”, poiché “quel che davvero bisogna al giudice è il *senso giuridico*”; l’obiezione che nelle controversie amministrative si faccia soprattutto “quistione non di diritto ma di fatto”, ma ciò varrebbe anche per il contenzioso ordinario; l’obiezione che “l’essere soggetta al controllo del potere giudiziario, paralizzerebbe l’azione amministrativa”, ma, se vi è e ipotesi un “arbitrio del giudice”, parimenti potrà esservi un “arbitrio del funzionario” giudicante.

La tutela dei “diritti” non può dunque che spettare alla giurisdizione. Rimane nel diritto pubblico il problema di una tutela giuridica degli “interessi”, cui Orlando non è affatto insensibile, poiché “se si risale alla qualità generica, al fine proprio della pubblica Amministrazione si troverà in esso un vero obbligo *giuridico* di curare gli interessi dei singoli, pure accordandoli con il bene della comunità”. Si tratta dei casi in cui non può darsi l’azione giudiziaria perché, anche in presenza di un atto amministrativo illegittimo, “manca al privato un diritto”, perché l’ingiustizia consiste in un “abuso di potere ... in materia discrezionale” o perché le cautele previste “non costituiscono un vero obbligo dell’amministrazione”. A ciò può soccorrere soltanto la “giurisdizione *graziosa*”. E, per quanto, si tratti di espressione “impropria” –“quando trattasi di impartire o no una grazia non potrà mai parlarsi, in senso rigoroso, di giurisdizione”-, per questa via le ragioni del privato “in uno stato giuridico, debbono essere ascoltate, esaminate, accolte o respinte con garanzie procedurali”.

Pur rimanendo fedeli alla giurisdizione unica, da un lato, si finisce così per distaccarsi da quegli abolizionisti del “ch’ei si rassegni” di Mancini o dell’affermazione di un De Gioannis sulla sufficienza del rimedio dell’art. 3 della legge abolitiva, non spettando all’interesse di poter ambire a garanzie simili a quelle giudiziarie, d’altro lato, ci si riannoda inevitabilmente alle profetiche previsioni di Crispi. Non va dimenticato che i difensori del contenzioso amministrativo tentarono sempre, come battaglia di retroguardia, di rinforzare le garanzie dei superstiti rimedi amministrativi, scontrandosi però con il timore degli abolizionisti che in tal modo il contenzioso amministrativo potesse rientrare dalla finestra.

Questa generazione ebbe però un argomento in più per sostenere nuovamente la necessità di un arricchimento delle garanzie degli interessi, e cioè i cattivi risultati che nell’arco di un ventennio aveva dato il sistema del 1865. E Orlando lo esplicita inequivocabilmente: “questa opinione è confortata dal criterio

infallibile dell'esperienza" ed è infatti questa l'opinione che ha finito per conquistare le "generalità degli scrittori e degli uomini politici".

Non sorprende così che la proposta di riforma di Crispi "nel principio fondamentale che l'informa" gli "par buona". Essa mira a rafforzare le garanzie senza intaccare la giurisdizione unica, poiché non dà luogo ad un tribunale speciale, ma rimane nella sfera dell'esecutivo. Mentre non è da auspicare l'avvento di tribunali misti sul tipo prussiano ed austriaco, una sorta di "tipo medio fra il francese e l'italiano", che, se rimane preferibile al modello francese (meglio un giudice speciale facente parte della giurisdizione che un giudice facente parte dell'esecutivo), sarebbe pur sempre incompatibile col nostro principio della giurisdizione unica.

E non sorprende al contempo che subito dopo l'approvazione della riforma crispina nel suo testo definitivo, nei *Principii di diritto amministrativo*, Orlando ebbe a lamentarsi della eccezionalità della giurisdizione di merito della IV Sezione, considerato che la tutela degli interessi ha anzitutto a che fare con il "merito intrinseco e la convenienza dell'atto amministrativo". Mentre la competenza generale della IV Sezione riguarda violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere (concetto indeterminato riconducibile alla incompetenza), "che, di regola, hanno la garanzia dell'autorità giudiziaria", sicché la riforma non riuscì "nel fatto che ad istituire delle vere e proprie giurisdizioni amministrative speciali"<sup>2</sup>.

Orlando non demorde tuttavia dal perseguire, alla stregua di Spaventa, De Sanctis o Minghetti, l'obiettivo della "giustizia nell'amministrazione".

Così, in un discorso elettorale del 19 maggio 1895, a proposito delle prospettive del decentramento, vede nella giustizia amministrativa lo strumento per tutelare gli interessi dei cittadini di fronte ai poteri locali: l'autonomia deve essere limitata da una tutela, non quella "politica, e spesso partigiana", ma quella "contenziosa", e ciò anche alla luce di una considerazione più generale: "se non m'inganno, l'avvenire amministrativo ci riserba un fecondo allargarsi del principio della così detta giustizia amministrativa, la cui attuazione, fatta mediante la IV sezione del Consiglio di Stato (dietro la grande iniziativa di Silvio Spaventa) è uno dei meriti gloriosi di Francesco Crispi, come vero e grande uomo di Stato"<sup>3</sup>.

Ma quel che si vuole adesso sottolineare è che, con questo tornante, inizia una nuova e fondamentale fase di confronto con la realtà concreta dell'ordinamento. Non si tratta più o soltanto di registrare retrospettivamente i cattivi esiti della LAC, bensì di prendere man mano atto dell'operato della IV Sezione e di riscoprire anche il rilievo della tradizione graziosa. Se si vuole una figura ancora misteriosa, per l'Orlando uomo di dottrina informato alle geometrie teoriche della giurisdizione unica e avvocato sin lì di liti giurisdizionali e non graziose, ma una figura le cui *performance* di giustizia non potevano ormai sfuggire allo straordinario intuito pratico del Maestro.

La voce *Contenzioso amministrativo* (1895-1898) nel *Digesto italiano* rappresenta perfettamente questo passaggio<sup>4</sup>.

I problemi immediatamente sorti in ordine al riparto di competenze tra IV Sezione e tribunali non potevano trovare soluzione nella teoria del *petitum* di Scialoja, che pur poneva una ineludibile esigenza pratica, cioè consentire anche ai titolari dei diritti soggettivi di potersi avvalere del rimedio crispino, investendo il completamento della tutela non solo gli interessi ma anche i diritti. Il prevalente convincimento, inizialmente condiviso anche da Orlando, della natura giurisdizionale della IV Sezione comportava infatti l'insuperabile obiezione del conflitto tra giudicati.

---

<sup>2</sup> V. E. Orlando, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, 1891, 355.

<sup>3</sup> V. E. Orlando, *Sulla questione economica ed amministrativa in Italia*, in *Arch. dir. pub.*, 1895, 10 ss.. Così, come da lì a poco, avvertì il rilievo della giustizia amministrativa per la stessa tutela dei poteri locali nei confronti di altre amministrazioni, Id., *Contenzioso amministrativo*, in *Digesto italiano*, VIII, 2, 1895-98, 909: il riferimento dell'art. 24 della legge del 1889 agli "enti morali giuridici" ha "un'importanza pratica, in quanto si volle così affermare il diritto di ricorrere, in linea di giustizia amministrativa, a quegli enti morali che hanno la caratteristica peculiarissima di essere nel tempo stesso organi della pubblica amministrazione: intendiamo accennare ai Comuni, alle province e in certo senso anche alle istituzioni di pubblica beneficenza".

<sup>4</sup> V. E. Orlando, *Contenzioso amministrativo*, cit., 849 ss..

Il Maestro decide allora di ribaltare nella sua premessa maggiore il costrutto. Non è più determinante osservare, come nei *Principii* del 1891, che il sindacato della IV Sezione su violazioni di legge e incompetenza ricondurrebbe al binomio diritti e giurisdizione. Il criterio per fissare o meno la natura giurisdizionale non è quello dell'organo o della forma del procedimento (contraddittorio etc.), né è decisivo quello della materia, cioè del tipo di posizione soggettiva fatta vantare: se, perché si abbia giurisdizione, occorre che si giudichi di diritti, non si può dire parimenti che giudicare di diritti comporti in ogni caso la sussistenza della giurisdizione, essendo necessario l'ulteriore requisito dell'attitudine della statuizione sulla lite ad assumere valore di cosa giudicata. La decisione della IV Sezione non avrebbe appunto questa attitudine, come si ricaverebbe dai lavori parlamentari, specie *a contrario* dal fallito tentativo di aggiungere una previsione che, salvo l'eccezione di incompetenza, non consentiva di farne oggetto di impugnazione di fronte all'autorità giudiziaria, e dalla necessità sistematica di evitare il conflitto tra giudicati. Ciò comporterebbe altresì che le decisioni della IV Sezione non dovrebbero essere sottoposte alla Sezioni Unite della Cassazione<sup>5</sup>.

Non sfugge l'impressione che il capovolgimento qualificatorio appaia più chiaramente mosso dall'obiettivo di sostenere la giustizia amministrativa e di fornire una soluzione pratica all'intreccio tra legge del 1865 e legge del 1889 che da un convinto percorso teorico sulla "natura" della giurisdizione, ma poco importa. È lo spirito pratico del Maestro che aleggia dominante, mentre la teoria si torce al servizio delle soluzioni concrete auspicabili. Il riferirsi al solo criterio del giudicato costituisce una straordinaria astuzia, poiché, se è sufficiente a negare carattere giurisdizionale alla IV Sezione, lascia il campo aperto a tutti gli altri aspetti: non è un ostacolo che l'organo giudicante faccia parte del potere esecutivo; non è un ostacolo che il procedimento possa perfezionarsi sino al punto da coincidere con le forme e le garanzie del processo giurisdizionale; non è un ostacolo la natura della posizione soggettiva fatta valere, compresa dunque la tutela dei diritti e non solo degli interessi o anche degli interessi legittimi, categoria intermedia appena introdotta da Ranelletti, cui pure si fa riferimento.

Non manca inoltre un primo significativo aggancio alla tradizione. La IV Sezione non sarebbe giurisdizione, anzi costituirebbe il naturale e più perfezionato sviluppo del ricorso straordinario al Re, di cui nessuno avrebbe mai affermato la valenza giurisdizionale.

Come dicevamo, ben più significativo è però, ai fini del nostro discorso, l'inizio di un confronto con la realtà viva della giustizia amministrativa, che ci offre il vero movente delle sopra indicate soluzioni, a prescindere dalla loro intrinseca plausibilità<sup>6</sup>.

Non è più decisivo il lamentarsi del carattere eccezionale della giurisdizione di merito. Se nei *Principii* del 1891 l'eccesso potere si presenta ancora un concetto riconducibile all'incompetenza, adesso, anche alla stregua di Codacci-Pisanelli<sup>7</sup>, soccorre la possibilità di aderire al modello francese del *détournement de pouvoir*, che apre la porta, nella competenza generale della IV Sezione, al controllo su un uso arbitrario della discrezionalità.

Può apparir strano che un sostenitore della giurisdizione unica vada ad inseguire i frutti del vituperato contenzioso amministrativo francese. È che non si tratta più di puri ragionamenti dottrinari: Orlando rimane

---

<sup>5</sup> La questione era già vivacemente discussa sia nel foro, sia nella dottrina, come può trarsi da A. Codacci Pisanelli, *Le decisioni del Consiglio di Stato e il loro preteso annullamento giudiziario*, in *Giur. it.*, 1893, IV, 241.

<sup>6</sup> Come è noto, la tesi della natura amministrativa della IV Sezione non ebbe successo, contrastata non solo dagli orientamenti della Cassazione che, proprio sul presupposto di un'opposta qualificazione, ammise subito il ricorso avverso le decisioni della IV Sezione, ma dal successivo e tranciante intervento del legislatore.

A nostro avviso, come si è espresso in altra occasione, e senza farsi attrarre da non decisivi ontologismi qualificatori, questa tesi, pur mossa da nobili intenti garantisti, unitamente al prezioso apporto di Santi Romano, presentava un elemento pratico di debolezza sistematica difficilmente superabile, ovvero sia che il pronunciamento di un così alto consesso, non avendo la forza della cosa giudicata, sarebbe stato suscettibile di venire superato dalla sentenza di un qualsiasi giudice di provincia.

Ma sarebbe ingiusto chiedere di più agli straordinari sforzi d'ingegno di una generazione che dovette purtroppo continuare a fare i conti con la legge del 1865 e che, cercando non facili percorsi di composizione sistematica, ebbe comunque il merito di riconoscere il valore della giustizia amministrativa e di sostenerne le sorti.

<sup>7</sup> A. Codacci Pisanelli, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, 1892, ora in *Foro amm.*, 1989, 2933.

indubbiamente folgorato dalle prime pronunce della IV Sezione. Così, ad es., si evidenzia la “massima notevole” che individua un eccesso di potere “nel caso in cui il provvedimento impugnato muove da un’ipotesi di fatto che è in aperta contraddizione con le risultanze degli atti” o nel caso del licenziamento di un impiegato “in base a fatti che non siano obiettivamente certi e legittimamente provati” ed esso “non apparisca motivato da alcuna plausibile ragione e perciò perfettamente arbitrario”. Inequivoco è il giudizio che se ne trae: “Con questa larga interpretazione dei limiti della propria competenza il nuovo istituto della giustizia amministrativa si può ben dire che abbia allargato il campo della difesa giurisdizionale”. Quel che soltanto difetta è ancora la piena consapevolezza che non si tratti affatto di una novità, bensì di orientamenti già presenti nella precedente giurisdizione graziosa, ma vi sarà tempo per approfondire e riconoscere, anche sotto questo profilo, la tradizione.

E’ Orlando che, del resto, ci rende *expressis verbis* il senso di questo tornante, a svolgimento di quella premessa, da noi già citata in epigrafe<sup>8</sup>:

“Possiamo quindi concludere che, dal punto di vista puramente teorico ed astratto, il sistema più conforme così ai principi giuridici come a quelli di politica convenienza sia quello della giurisdizione unica. Tuttavia noi dobbiamo insistere ancora su quella riserva che abbiamo premesso, cioè che le pure considerazioni teoriche possono qualche volta non trovare nella pratica un riscontro perfettamente adeguato. Né si può negare che dei collegi amministrativi con funzioni contenziose abbiano avuto e conservino tuttavia buona fama di sé. Basterebbe citare all'uopo la nostra IV Sezione del Consiglio di Stato!”.

Ma vi è di più, se si ammette, come fa Orlando, che l’opinione di chi domanda giustizia non sia certo priva di significato, anche rispetto agli astratti costrutti della dottrina giuridica:

“Chi scrive queste pagine ha dovuto, nella sua pratica professionale, osservare che quando è possibile, per una medesima controversia, adire i tribunali ordinari o quelli di giustizia amministrativa, le parti hanno una sensibile preferenza a favore di questi ultimi. Quale dissidio tra la teoria e la pratica!”.

Certo vi sono ancora taluni segni della difficoltà a mutar pelle rispetto ai principi già professati. Non si tratta tanto della sterile reiterazione dei proclami di fedeltà alla giurisdizione unica, sicché l’istituzione della IV Sezione andrebbe intesa soltanto come un completamento della riforma del 1865. Significativo ci pare piuttosto che, quasi a dover rappresentare una soluzione di compromesso e nonostante che ciò si fosse chiaramente escluso nel saggio del 1888, si affermi adesso che, a differenza della Francia, per evitare il cumulo di funzioni consultive e giustiziali, “in Italia, dove l’istituzione si creava *ex novo*, si sarebbe meglio fatto se si fosse seguito l’esempio germanico di creare un apposito *Tribunale di giustizia amministrativa*”.

Ma il dado ormai era tratto nel segno del felicissimo esordio della IV Sezione, che si sarebbe ben presto consolidato<sup>9</sup>. Né probabilmente, come con arbitrio ipotizziamo, Orlando avrebbe dato particolare peso al

---

<sup>8</sup> “Le dissertazioni puramente teoriche hanno indubbiamente il loro pregio, ma, se non vogliano restare pure esercitazioni accademiche bisogna che muovano da quegli elementi obiettivi che loro presta la vita reale del diritto così meravigliosamente ricca e feconda di forme istituzionali tendenti ad adattare i principi astratti alla necessità dei rapporti sociali e al sempre mutevole stato della coscienza giuridica”.

Non che il Maestro non avvertisse il valore delle ricerche puramente teoriche, sempre di potenziale utilità, ma, nei temi affrontati, era il momento di evidenziare un significativo scollamento tra teoria e pratica.

V. E. Orlando, *Sul rapporto di pubblico impiego*, 1935, in Id., *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica*, Milano, 1940, 253: “al progresso d’una scienza, anche dell’ordine positivo, non soltanto giova, ma è indispensabile, lo studio delle più remote astrazioni in un ordine di concetti puramente sistematico e teorico. Non importa che sfugga il rapporto di immediata utilità pratica; invenzioni prodigiose, che hanno determinato vere rivoluzioni nella economia mondiale, non son forse derivate dalla scoperta di una legge affatto teorica, che pareva doveva restare per sempre nel campo delle astrazioni incapaci di riscontri e di applicazioni concrete? E, del resto, anche indipendentemente da ogni utilità prossima o concreta, in atto o in potenza, è alla scuola di siffatte ricerca che il giurista forma ed affina la sua intelligenza e la sua cultura, di cui si varrà poi nell’esercizio della sua ordinaria attività tecnica. Non diversamente, nell’educazione dei giovani che fu in onore presso i Greci e i Romani, lo stadio, la palestra, il ginnasio non dovevan già servire a preparare futuri atleti od acrobati, ma per attuare una legge di equilibrio e di armonia fra le varie forme di attività vitale”.

<sup>9</sup> Una quindicina di anni dopo, ad es., A. Codacci-Pisanelli, *Sulle riforme desiderabili nell’ordinamento della giustizia amministrativa centrale*, in *Riv. dir. pubb.*, 1912, 46, poteva serenamente affermare che “la IV Sezione iniziò felicemente

suddetto cumulo, di cui lamentava l'inconveniente pratico di un possibile doppio giudizio, se avesse preso in considerazione altro e ben più importante vantaggio che derivava (e deriva ancora) da tale sistema, e cioè che è anche grazie ad esso che nella tradizione la giustizia amministrativa ebbe a sviluppare quella insuperata capacità concreta di sindacare l'arbitrio amministrativo.

Qualche anno dopo, nel suo *Trattato*, Orlando rimane essenzialmente fedele al solco già segnato, ma con un grado maggiore di approfondimento e di consapevolezza, grazie ad un magistrale e analitico studio tecnico di diverse centinaia di pagine sulla giustizia amministrativa, con l'ausilio continuo della sempre più rigogliosa giurisprudenza della IV Sezione<sup>10</sup>. Il Maestro è entrato ormai *in medias res*, nella ricca vita concreta dell'istituzione, definitivamente non più astretto da una dimensione di puro confronto dottrinario dei modelli.

Ai nostri fini è sufficiente evidenziare due aspetti.

Orlando, pur non mutando il costrutto generale, cioè di una legge del 1889 intesa come completamento e non come superamento della legge del 1865, mostra inequivocabilmente di avere raggiunto un ulteriore grado di affidamento alla istituzione della IV Sezione, finendo per relativizzare *in toto* la necessaria appartenenza dell'organo giudicante alla giurisdizione unica:

“fate che questa competenza sia affidata ad un consesso i cui membri diano le maggiori garanzie di imparzialità e di competenza, circondate il giudizio di tutte le forme e solennità che permettono un completo sviluppo della difesa delle parti contendenti ed assicurino il maturo e profondo esame delle ragioni rispettive; ed avrete un sistema eccellente, e nulla importerà che quel magistrato si chiami Consiglio di Stato o tribunale supremo di giustizia amministrativa, in luogo di Corte d'Appello o di Cassazione”.

Così come, a proposito del controllo della discrezionalità, si tessono le lodi dell'esempio francese addirittura paragonato a quello che per Orlando è il modello giuridico per eccellenza: “Si deve alla giurisprudenza del Consiglio di Stato francese una tale concezione più larga, che può suggerire alcuni confronti con l'*aequitas* romana”.

Affermazioni queste che potrebbero suonare soltanto come autentiche eresie per chi continuasse realmente a sostenere il mito della giurisdizione unica.

Lo studio sulla giustizia amministrativa non riguarda solo la IV Sezione, ma anche i rimedi amministrativi, cioè il ricorso gerarchico ed il ricorso straordinario al Re.

E' ancora dominante l'ispirazione crispina nel senso di soffermarsi soprattutto sui difetti che la disciplina di tali rimedi presentava sul piano delle garanzie procedurali. Questa parte dello studio è tuttavia di grande importanza, poiché dà inizio alla concreta ricognizione della tradizione graziosa, con la citazione di diversi pareri del Consiglio di Stato antecedenti alla istituzione della IV Sezione.

Si riscontra così, per limitarci al profilo più significativo, che quell'accezione più larga di legalità, con la quale la IV Sezione stava declinando la figura dell'eccesso di potere, aveva già pieno riscontro nella giurisprudenza consultiva del Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario al Re. Si evoca ad es. un parere del 1879<sup>11</sup>, dovuto alla penna di Silvio Spaventa<sup>12</sup>, dove si ricorda che l'esame della legittimità “non esclude, secondo la

---

la sua opera sindacatrice e ben prestò conquistò tutta la fiducia del pubblico” e che “il successo della riforma, nella parte riguardante l'organo centrale della giustizia amministrativa, superò ogni più lieta aspettativa”, evidenziando tra l'altro, al pari di Orlando, la “preferenza data alla IV Sezione da chi per la tutela della propria posizione giuridica avrebbe potuto adire i tribunali ordinari”.

<sup>10</sup> V. E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, in Id. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1901, 634 ss..

<sup>11</sup> Parere 5 dicembre 1879, il cui testo è riportato da G. De Nava, *Consiglio di Stato*, in *Digesto italiano*, VIII, 2, 1895-1898, 310.

<sup>12</sup> Per inciso deve evidenziarsi come la dottrina a volte enfatizzi troppo l'influenza germanica sulla riforma del 1889 per il tramite di Silvio Spaventa. La novità del suo contributo a questa riforma consistette soltanto nell'aver evidenziato, in aggiunta ai tradizionali argomenti favorevoli alla giustizia amministrativa, la nuova pressante esigenza di limitare l'arbitrio dei partiti politici nella forma di governo parlamentare, così come aveva fatto la dottrina tedesca. E, a ben vedere, nel suo famoso discorso di Bergamo, pur lodando le vicende germaniche, dove si approntarono rimedi seri al nuovo problema della giustizia dell'amministrazione, si limitò a proporre che “da noi si può fare, allo stesso scopo, con

giurisprudenza di questo Consiglio, il riesame di quelle questioni sostanziali che si attengono alla vera giustizia dei provvedimenti". Si valorizza altresì il dato letterale della legge, ove, riguardo al ricorso straordinario, "non dice già 'legalità', ma 'legittimità'", sicché la prima "viene presa in un senso più lato", coinvolgendo il problema dello "arbitrio dell'atto", e si determina una diretta "analogia coi criteri di competenza della IV Sezione", tanto che nella parola "illegittimità", vanno compresi non solo l'incompetenza e la violazione di legge, "ma anche l'eccesso di potere di cui all'art. 24" della legge crispina.

Non sorprende quindi, quasi ad imitazione del passaggio, in Francia, dalla giustizia ritenuta alla giustizia delegata, che Orlando ritenga come gli "scopi", per i quali fu istituito il ricorso alla IV Sezione, "non differiscono sostanzialmente da quelli del ricorso straordinario", ma con la differenza che il primo presenta maggiori garanzie procedurali di "un vero e giusto giudizio", sicché il secondo avrebbe "perduto ogni ragion d'essere".

E' questo già un significativo risultato, per quanto è anche evidente che Orlando non abbia effettuato o non abbia potuto effettuare un'indagine a tappeto sulla risalente giurisprudenza consultiva del Consiglio di Stato, come, ad es., ricavabile dalle pubblicazioni della *Rivista amministrativa del Regno*.

Ciò ha portato a taluni difetti di ricognizione, che continuano ad affliggere tralaticciamente la memoria storica della nostra dottrina, specialmente con riguardo ai ricorsi gerarchici. Dominato dalla "derisione" crispina di tali rimedi –derisione che invero era pregiudizialmente mossa dall'obiettivo di giustificare la necessità di un rafforzamento delle garanzie procedurali-, Orlando afferma che "la poca o nessuna importanza pratica che aveva il ricorso gerarchico prima delle recenti riforme, aveva fatto trascurare nella scienza, nella prassi, e, soprattutto, nella legislazione, la determinazione precisa dei caratteri giuridici" dell'istituto.

Ebbene, se il Maestro si fosse premurato anche qui di passare dall'ideologia giuridica alla realtà concreta dell'ordinamento, volgendosi allo studio dei repertori, avrebbe avuto modo di verificare l'importante e frequente ricorrenza di pareri del Consiglio di Stato, richiesti, pur facoltativamente, dall'amministrazione per la soluzione dei ricorsi gerarchici<sup>13</sup>, senza ovviamente che, qualsiasi fosse il rimedio, straordinario o gerarchico, si desse mai il caso di decisioni non conformi all'opinione dell'autorevole consesso, così come nella tradizione francese.

Questo difficile percorso, di chi ha dovuto progressivamente smembrare il rigore dottrinario degli argomenti favorevoli alla giurisdizione unica di fronte agli straordinari esiti pratici della tutela offerta dalla giustizia amministrativa, trovò infine inequivocabile coronamento nel 1923 in sede di commemorazione di Francesco Crispi: "Se mi si domandasse quale sia per me la legge più liberale che l'Italia si sia data dal 1848 ad oggi, non

---

poche riforme nelle attribuzioni del Consiglio di Stato". La legge del 1889, pur non potendosi parlare di una riesumazione del contenzioso amministrativo in senso stretto, rimase in realtà ancora dentro il solco francese, come del resto attestava la dottrina del tutto prevalente all'epoca, e ciò non solo per i contenuti dei poteri della IV Sezione, ma anche e soprattutto per la "continuità" istituzionale, per l'appartenenza della IV Sezione al Consiglio di Stato e alla relativa tradizione, di quel Consiglio di Stato piemontese, appunto figlio del modello d'oltralpe. Lo stesso Spaventa, come spesso si dimentica, era già da molti anni consigliere di Stato e, come primo presidente della IV Sezione, non fece altro che dar seguito a quella tradizione.

Un cosa è dunque l'influenza della dottrina tedesca, altra cosa gli sviluppi dell'ordinamento, come del resto, qualche decennio più tardi, evidenziato dagli stessi autori di lingua germanica. Così, nell'introduzione alla traduzione francese dell'ottava edizione delle *Institutionen des deutschen verwaltungsrechts* F. Fleiner, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, Parigi, 1933, 6, osserva che l'influenza della "grande ricchezza delle soluzioni individuali" della dottrina tedesca, sebbene priva della "perfezione sistematica" e della "unità di stile del diritto amministrativo francese", non ha comunque "nociuto all'autonomia del diritto nazionale", sicché "è, ad esempio, caratteristico che l'Italia, che, per la riforma parziale della sua amministrazione e della sua giurisdizione amministrativa nel 1889, si era avvicinata al tipo francese di giurisdizione amministrativa, non abbia rilasciato i suoi legami intellettuali con la scienza tedesca di diritto amministrativo".

<sup>13</sup> E' quanto abbiamo infatti potuto appurare in un nostro recente studio: M. Mazzamuto, *Liti tra pubbliche amministrazioni e vicende della giustizia amministrativa nel secolo decimonono*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 344 ss..

esiterei a citare, almeno per suo spirito, la legge del 1889, che istituì il controllo contenzioso degli atti dell'autorità, in difesa degli interessi individuali ingiustamente offesi"<sup>14</sup>.

La legge che merita il primato liberale non è più quella del 1865, bensì quella Crispià!

Si comprende allora come, nel prosieguo, Orlando abbia continuato a difendere la giustizia amministrativa, specialmente di fronte all'operato delle Sezioni Unite della Cassazione.

Non si trattava soltanto della questione del riparto, ma ben anche dei tratti virtuosi di specialità della tradizione amministrativistica, dalla concezione larga della legalità, che consentiva il controllo sulla discrezionalità, all'ampiezza del *locus standi*. Santi Romano nel *Trattato* aveva perfettamente colto il pericolo di una nefasta ingerenza della Cassazione, informata, sotto questi aspetti, ad una più ristretta mentalità civilistica: "quando un controllo, così largo e penetrante, quale è quello della giustizia amministrativa, da cui non a torto si è sperata una giurisprudenza, per così dire, pretoriana, si sottopone a sua volta ad un controllo così rigido e meccanico quale non può non essere quello della Cassazione, si verrà necessariamente a soffocare il primo, e a paralizzarne i movimenti che dovrebbero essere liberissimi"<sup>15</sup>.

E questo pericolo venne a concretizzarsi verso la fine degli anni venti del XX sec., quando la Cassazione censurò per eccesso di potere giurisdizionale pronunce del Consiglio di Stato che annullavano provvedimenti affetti da vizi della discrezionalità. Vi fu infatti una immediata reazione della giuspubblicistica liberale<sup>16</sup> ed è soltanto grazie allo straordinario intervento di Santi Romano, nella nuova veste di Presidente del Consiglio di Stato, che, in accordo con D'Amelio, la Cassazione fu ricondotta a più miti intendimenti<sup>17</sup>.

Ma per chiudere il nostro discorso su Orlando è sufficiente evocare uno scritto del 1936, dove, sempre sul piano concreto della effettività della tutela, si lamentavano le attitudini della Cassazione.

Il Maestro, pur premettendo la sua "fiduciosa devozione" verso la Cassazione, osservava che "appunto per ciò è più penosa l'impressione quando si deve rilevare (e non solo a proposito del caso attuale) una minore sensibilità dimostrata dal Collegio Supremo dell'ordine giudiziario in materia di difesa del cittadino verso gli atti della pubblica amministrazione, in confronto di altro Collegio, anch'esso Supremo", cioè il Consiglio di Stato, ribadendo la sua contrarietà, già espressa nel *Trattato*, alla ricorribilità in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato in materia di annullamento: "Sono ora più che mai convinto che avevo ragione"<sup>18</sup>.

Se non sono più sostenibili la natura amministrativa del Consiglio di Stato e la non ricorribilità delle relative pronunce, ancora oggi, di fronte alle cicliche recrudescenze interventiste della Cassazione, pienamente valida è rimasta la *ratio* sottesa a tali argomenti, suggerendo di addivenire quanto prima, come già indicato, come vedremo, da Lodovico Mortara alla fine del XIX sec., ad una diversa soluzione, unica coerente sul piano sistematico con il pluralismo giurisdizionale, ovvero sia alla istituzione di un tribunale misto dei conflitti, integrando, anche con legge ordinaria, le Sezioni Unite con i giudici speciali.

3. La devozione di Lodovico Mortara al mito della giurisdizione unica è facilmente riscontrabile nelle lezioni di diritto amministrativo che Egli tenne a Pisa nel 1886-1887<sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup> V. E. Orlando, *Francesco Crispi*, 1923, in Id., *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica*, cit., 405.

V. anche G. Arangio Ruiz, *Storia costituzionale del Regno di Italia (1848-1898)*, Firenze, 1898, 467, che riteneva Crispi per certi aspetti un conservatore, ma "liberale con l'ordinamento della giustizia amministrativa".

<sup>15</sup> S. Romano, *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, in V. E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, cit., 1256.

<sup>16</sup> Basti il riferimento alla reprimenda di O. Ranalletti, *Dei confini tra legittimità e merito del provvedimento amministrativo e dei vizi dell'atto nei riguardi del sindacato giurisdizionale*, in *Foro amm.*, 1928, ora in *Scritti giuridici scelti*, II, Napoli, 1992, 165 ss.

<sup>17</sup> Si consenta *funditus* su queste vicende un rimando a M. Mazzamuto, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1677 ss..

<sup>18</sup> V. E. Orlando, *Un caso di conflitto tra Cassazione e Consiglio di Stato*, 1936, ora in Id., *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica*, cit., 355 ss..

<sup>19</sup> Di recente, e meritoriamente, pubblicate, grazie all'iniziativa dei Colleghi dell'Università Cattolica del Sacro Cuore: L. Mortara, *Lezioni di diritto amministrativo e scienza d'amministrazione*, Napoli, 2013. La pubblicazione contiene anche un saggio di G. D'Angelo, *Lodovico Mortara e il diritto amministrativo prima delle riforme Crispine*, *ivi*, I ss..



Nella Lezione 25, si afferma con immediatezza che la legge del 1865 “ha segnato un passo assai importante pel nostro diritto pubblico”, se pur “osteggiata con persistenza da uomini di cui non si può certo mettere in dubbio il liberalismo e la buona fede”<sup>20</sup>.

Non meno ci si fa carico di replicare alle obiezioni dei fautori del contenzioso amministrativo.

Non è valido lamentare la violazione della divisione dei poteri, poiché il diritto deve potersi applicare “nei riguardi dello Stato alla stessa stregua che nei rapporti fra cittadini”, né vi sarebbe garanzia di giustizia se lo Stato “fosse parte interessata e giudice supremo al tempo stesso”.

Non è valido lamentare l'intralcio che ne deriverebbe per l'operato dell'amministrazione, poiché, se “un diritto è in questione”, è “necessaria guarentigia di giustizia l'intervento dei tribunali ordinari”, mentre, se “non siavi alcun diritto in questione”, “allora non è il caso di fare intervenire né tribunali ordinari né tribunali speciali”. Significativo è l'esempio che si apporta: di fronte ad una espropriazione, il cittadino potrà far valere di fronte all'autorità giudiziaria il diritto ad un giusto indennizzo, ma non anche chiedere la disamina di questioni che attengono all'interesse generale, accampando, ad es., per sottrarsi all'espropriazione, che la linea ferroviaria avrebbe potuto seguire un diverso e miglior tracciato.

Non è valido l'argomento che l'estensione di cognizioni all'universo giuridico-amministrativo finirebbe per soverchiare i magistrati ordinari, poiché lo stesso argomento potrebbe valere per i “funzionari chiamati a comporre i tribunali amministrativi”.

Né, infine, sarebbe decisivo circondare i tribunali amministrativi di idonee garanzie di indipendenza, che si differenzerebbero così solo per la competenza, poiché a quel punto “non vi avrebbe alcun plausibile motivo” per una siffatta separazione dall'autorità giudiziaria, anzi “essa autorizzerebbe una naturale diffidenza verso la magistratura speciale”.

Ma Mortara sa bene che non è più sufficiente riproporre i termini della vecchia contesa che portò alla legge del 1865. Occorre altresì fronteggiare la sempre più crescente aspettativa di un'adequata tutela degli “interessi” e, di conseguenza, “il formidabile problema di quella che oggi viene chiamata giustizia amministrativa”.

Egli riconosce che la giustizia non impone soltanto il rispetto dei diritti, “ma anche il rispetto delle regole più elevate dell'equità e della morale”, senza le quali lo Stato, se non i diritti dei cittadini, può comunque “comprometterne gravemente gli interessi”.

Si tratta però di una ben timida, se non apparente, apertura, specie se paragonata all'Orlando del 1888. Ciò che finisce per prevalere è piuttosto l'ortodossia della giurisdizione unica, del “ch'ei si rassegni” di Mancini.

Si rigettano così le varie proposte che erano nel frattempo intercorse in nome della giustizia amministrativa, dalla istituzioni di corti amministrative, anche sull'esempio germanico, a progetti sul Consiglio di Stato, mentre si evoca l'esempio dell'Inghilterra e dell'America, dove “non si è sentito bisogno di prove consimili”, e ciò perché, manifestando infine il suo vero intendimento, “ad assicurare la giustizia nell'amministrazione contribuisce meglio d'ogni altra cosa l'educazione morale della popolazione, e la stabilità degli ordinamenti amministrativi congiunte ad una rigorosa applicazione della responsabilità dei funzionari”.

Di quell'ortodossia dunque si confermano i capisaldi: “la disciplina dei diritti ... appartiene al potere giudiziario; mentre la cura degli interessi ... spetta all'autorità amministrativa”; né si obietta nulla sull'art. 3 della legge del 1865, ove “si reputò” che gli interessi dei cittadini “siano abbastanza tutelati”.

Del tutto coerentemente, nella Lezione 27, riguardo alla materia dei conflitti e al suo conferimento all'autorità giudiziaria, Mortara afferma che “il principio che informò la legge del '77 è giustissimo”.

Nell'arco di poco più di un decennio il pensiero dello studioso subisce progressivamente un vero e proprio capovolgimento, sino a trovare una sistematica composizione nel famoso *Commentario*.

---

<sup>20</sup> Quest'ultima precisazione ci dà ulteriore conferma di quanto abbiamo già avuto modo di osservare in altre occasioni, e cioè che l'alternativa tra monismo e dualismo non corrispondeva affatto all'alternativa tra liberalismo e autoritarismo, bensì riguardava piuttosto la scelta del “mezzo” più idoneo a perseguire l'obiettivo condiviso da tutta la giuspubblicistica liberale dell'epoca, ovvero sia la costruzione delle guarentigie del cittadino di fronte ai pubblici poteri.

Già nella prima edizione delle *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, immediatamente successiva alla legge crispina, è ravvisabile una importante modulazione nel rilievo, questa volta giuridico, da attribuire alla tutela degli “interessi”. Mortara si avvede che la spinta alla “eguaglianza”<sup>21</sup> sta determinando nello Stato moderno una ineludibile espansione dell’azione governativa, e senza una garanzia questa “folla” di “interessi particolari ... oggetto continuo” di tale azione “rimarrebbero troppo scoperti”, mentre “si chiamino pure *interessi* anziché *diritti* ... non è men vero ed evidente che essi sono coperti da una veste giuridica distintamente riconoscibile, posto che la tutela buona e razionale di questi *interessi* costituisce un *dovere* per l’organo governativo e un corrispondente *diritto* per la società civile”, accedendo così alla prospettiva del completamento della legge del 1865, poiché è alla tutela di questi interessi che ha provveduto la legge crispina, ove “il *contenzioso amministrativo* ha acquistata una nuova esistenza”, ma non più per sottrarre atti amministrativi al sindacato giudiziario, bensì per introdurre “un sindacato nuovo per quegli atti che prima ne mancavano”<sup>22</sup>.

Ciò che determinerà il decisivo cambio di marcia è però, parimenti ad Orlando, il confronto con la realtà viva della giustizia amministrativa. Anche Mortara entra *in medias res*, come testimonia un insieme di note, specialmente nel biennio 1897-1898, a commento della giurisprudenza di Cassazione sui rapporti tra le due giurisdizioni, nelle quali già incominciano ad emergere taluni contenuti essenziali del nuovo costrutto del processualcivile.

In una primissima nota sul famoso caso *Trezza* sembra ancora prevalere l’originaria impostazione, tanto da augurare –al fine di prevenire eventuali abusi della IV Sezione nel qualificare un ricorso, la cui decisione veniva impugnata, non come straordinario, ma gerarchico, con la conseguenza di potere annullare il decreto reale- che “la corte suprema giudiziaria aderisca ad una più larga nozione di eccesso di potere” nel sindacato sulle pronunce della IV Sezione, addirittura additando a modello quello stesso eccesso di potere che il giudice amministrativo applicava agli atti amministrativi, e ciò in ragione del “nostro modo di considerare gli istituti della giustizia amministrativa e le altre giurisdizione speciali, come organi particolari della funzione giurisdizionale, unica nella sua sostanza e nella sua ragione d’essere nello Stato moderno”<sup>23</sup>. Per quanto, in altra parte del *decisum*, Mortara non rinuncia a criticare la soluzione delle Sezioni unite nel negare la giurisdizione della IV Sezione su un ricorso avverso una delibera amministrativa che incideva su un contratto. Ma già in una seconda nota dello stesso anno si perviene a ben altre considerazioni<sup>24</sup>.

Si andavano susseguendo diversi annullamenti da parte della Cassazione e Mortara incomincia a prendere atto delle lagnanze che erano emerse sulla idoneità della Suprema Corte a svolgere siffatto ufficio<sup>25</sup>, non fosse altro per il “possibile sospetto di parzialità” del giudizio di chi appariva come “parte” della contesa sulla giurisdizione, così come prende atto delle proposte di riforma nel senso della costituzione di un “tribunale *ad hoc*”<sup>26</sup>.

Non si liquida affatto la questione nel nome della unità della funzione giurisdizionale, anzi la si reputa “molto seria” e “in qualunque modo la si debba risolvere, sarebbe errore trattarla con leggerezza”. Questa apertura problematica non è casuale, poiché Mortara aggiunge un altro fondamentale tassello al suo nuovo percorso. Se la legge del 1877 si confrontava soltanto con i “residui” dell’antico contenzioso amministrativo, lasciati

---

<sup>21</sup> Cui un anno prima aveva dedicato M. Mortara, *La lotta per l’eguaglianza*, Pisa, 1889, ora in *Quaderni fiorentini*, 1990, 145.

<sup>22</sup> L. Mortara, *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, Firenze, 1890, 53 ss..

<sup>23</sup> L. Mortara, *Sui rapporti tra la giurisdizione civile ordinaria e la giurisdizione amministrativa*, in *Giur. it.*, I, 1, 747. Nel caso di specie il punto era un.

<sup>24</sup> L. Mortara, *Ancora sui limiti rispettivi delle attribuzioni dell’autorità giudiziaria e della autorità amministrativa*, in *Giur. it.*, I, 1, 1034.

<sup>25</sup> Cita per tutti A. Codacci-Pisanelli, *Le decisioni del Consiglio di Stato e il loro preteso annullamento giudiziario*, 1893, cit., ove pure si evocano le varie voci già levate sull’argomento.

<sup>26</sup> Qui cita l’allora Presidente del Consiglio di Stato, G. Saredo, *Sui limiti rispettivi delle attribuzioni dell’autorità giudiziaria e dell’autorità amministrativa*, in *Legge*, 1897, II, 642, che, dopo avere deplorato la giurisprudenza delle Sezioni Unite, avallava decisamente la proposta del Governo di addivenire alla istituzione di un “tribunale dei conflitti”.

dalla legge del 1865, a seguito della legge crispina si è determinata “una differenza notevolissima”. Con la “vasta sfera di attribuzioni” conferite alla IV Sezione “le giurisdizioni speciali (o amministrative che dire vogliansi) hanno assunto presso di noi un’importanza ed un carattere affatto nuovi e impreveduti”.

Ed una siffatta evoluzione non è vista come una sorta di tradimento della giurisdizione unica, bensì e significativamente come il frutto della “esperienza”: “l’esperienza insegnò che la giurisdizione unica civile non costituiva, nel presente stadio di vita dello Stato libero, una completa e sufficiente garanzia di tutti i diritti subiettivi”; “l’esperienza rivelò ancora” che, con la crescita dei compiti pubblici, “erano nate e cresciute importanti e vaste categorie di diritti subiettivi pubblici, non sospettate o neglette dai legislatori del 1865 e del 1877”; “l’esperienza stabilì, e la stessa corte di cassazione dovette proclamarlo, che gli uffici della giustizia amministrativa, se appartengono organicamente all’ordine amministrativo, funzionano essenzialmente come ministri di giurisdizione”.

E’ così che si addivenne ad “un vigoroso e grandioso sistema di giurisdizioni speciali, prodotto di necessità pratica e di logica elaborazione legislativa”. Si comprende bene allora sia perché il sistema del 1877, costruito in un contesto sistematico del tutto diverso, potesse risultare problematico, sia il senso dell’interrogativo finale che si pone Mortara: “Se la corte di cassazione è l’organo supremo della giurisdizione ordinaria, non è forse stato detto che la quarta sezione del consiglio di Stato è la corte di cassazione fra le giurisdizioni amministrative?”.

Il 1898 è l’anno che presenta il maggior numero di annotazioni, benché qui faremo riferimento solo a parte di esse<sup>27</sup>.

Si ritorna sul tema del sindacato delle Sezioni Unite, ma non più per suggerirne l’ampliamento. Se non si nega che rientri in questa competenza vagliare se una giurisdizione speciale abbia oltrepassato i propri limiti, invadendo la “attività degli organi di governo”, si sottolinea subito che “non ci sembra tuttavia inesplicabile la riluttanza delle sezioni unite ad adempiere codesta parte del loro ufficio. In verità la corte di cassazione è, e non può mancarle mai la coscienza d’essere, l’organo supremo della giurisdizione civile ordinaria. Difficilmente può in essa penetrare la coscienza di un altro ufficio distinto da quello abituale e tradizionale, dell’ufficio nuovo, cioè, che l’evoluzione degli istituti giurisdizionali venne ad imporle, in relazione alla legge del 1877”. E già qui, ancor prima del saggio del 1899, si finisce per manifestare un favore per la riforma dell’istituto: “Alla custodia e al regolamento dei confini giurisdizionali di tutti i singoli e vari organi di giurisdizione civile, e dei rapporti fra le loro attività, ormai sembra inevitabile la costituzione di un magistrato speciale supremo; altrimenti, malgrado la lettera della legge che mira a provvedervi, continuerà nella pratica a mancare una guarentigia di notevole importanza all’ordinamento delle funzioni giurisdizionali”<sup>28</sup>.

Si incomincia a profilare quello che secondo Mortara dovrebbe reggere il rapporto tra le due giurisdizioni, secondo una rivisitata teoria del *petitum*. In presenza di un diritto soggettivo leso da un provvedimento l’interessato ha “innanzi a sé due vie ugualmente accessibili”: chiedere al giudice ordinario di “sentenziare la illegittimità del rifiuto” e di “consacrare ... il diritto al risarcimento dei danni, fino a che l’autorità amministrativa non si fosse uniformata al giudicato”; o adire il giudice amministrativo, perché acclarare l’illegittimità del rifiuto e sentenziare “(come sentenziò) essere obbligo del sindaco l’accordare al reclamante il certificato richiesto”. Fermo restando, secondo quello che poi meglio indicherà come criterio della prevenzione, al fine di superare l’obiezione del conflitto dei giudicati mossa a Scialoja, che un susseguente giudizio risarcitorio rimarrà vincolato dal giudicato del giudice amministrativo, poiché “la *iniuria* (il fatto contra *ius*), essenza e fondamento della colpa civile, è ormai stabilita dalla pronunzia della quarta sezione che dichiara la illegittimità del rifiuto”. Mortara inoltre intuisce chiaramente i vantaggi che il titolare di un diritto di competenza dell’autorità giudiziaria potrebbe conseguire aprendogli la via della IV Sezione, cioè di poter ottenere una tutela in forma specifica: in un caso, l’interessato “non avrebbe conseguito dalla sentenza

---

<sup>27</sup> Sulla bibliografia di Mortara, senza pretesa di completezza, vedi F. Cipriani, N. Carrata, *Bibliografia di Lodovico Mortara*, in *Quaderni fiorentini*, 1990, 121.

<sup>28</sup> L. Mortara, *Conflitto e questioni di competenza fra un organo di giurisdizione speciale e l’autorità amministrativa*, in *Giur. it.*, 1898, I, 1, 223.

dei tribunali altro effetto *immediato* che quello di poter essere risarcito dei danni”, in altro caso, “l’effetto *immediato* di obbligare il sindaco a rilasciargli il certificato”<sup>29</sup>.

In occasione di una pronuncia che si muove sul solco del caso *Trezza*, si rincara la critica già espressa in precedenza, stigmatizzando un “ragionamento il quale mira senz’altro a distruggere o paralizzare tutta la giurisdizione di pura legittimità attribuita al consiglio di Stato”, e in una fattispecie in cui “appare tanto più affrettata la gelosa difesa che la corte di cassazione s’impegnò a fare dei poteri spettanti alla giurisdizione civile ordinaria”. Ma la lagnanza di Mortara è di carattere ancor più generale: “reca una sorpresa alquanto dolorosa il vedere come la corte suprema regolatrice dei conflitti manchi tuttora di un bene stabilito ordine di idee e di principii intorno alla grave questione dei limiti e dei criteri discretivi fra la competenza di legittimità della quarta sezione e quella civile del magistrato ordinario”<sup>30</sup>.

Finalmente, nel biennio 1898-1899, i risultati già frammentariamente conseguiti trovano compimento nel mirabile edificio del famoso *Commentario*<sup>31</sup> e in un saggio -cui per brevità, nelle seguenti citazioni, preferiamo appoggiarci- con il quale si conferma altresì il favore per l’istituzione di un tribunale dei conflitti<sup>32</sup>.

Colpisce immediatamente che, rispetto alla vulgata tradizionale, si riveda il senso sistematico della legge del 1865, la quale “in realtà non abolì tutto l’organismo del contenzioso amministrativo”, realizzando una “unità, però, soltanto dal punto di vista funzionale, non da quello organico”. Addirittura a questa stessa legge si riconduce il non casuale mantenimento di giurisdizioni speciali: “la pluralità degli organismi all’esercizio della giurisdizione fu riconosciuta necessaria, in corrispondenza con la varia natura delle materie assoggettate alla tutela giurisdizionale, per l’opportunità di attribuirne la rispettiva cognizione ad organi specialmente adatti a soddisfare le esigenze d’una retta amministrazione di giustizia”. Si incominciano così a prendere le distanze dai *desiderata* correnti dei sostenitori della legge abolitiva, dai “disegni arbitrari di ordinamento delle istituzioni politiche, anche ispirati da nobili ideali”, ma che “ben di rado ottengono fortuna”, poiché “la legge dell’evoluzione s’impone ... sotto forme e con risultati d’altra maniera” e “agli ideologi sono riserbate quasi sempre le più inaspettate sorprese”.

Così il proposito della “vagheggiata unità organica” era “destinato a fallire ... in grazia dello svolgimento progressivo della tutela dei diritti individuali nello Stato libero”.

Mortara ha ormai ben compreso che tutta quella tradizione dei rimedi amministrativi e dell’antico contenzioso amministrativo, lungi dall’esprimere una filosofia autoritaria, costituiva piuttosto la prima fase di un processo storico che, allargando le basi dello Stato di diritto, raggiungeva il suo compimento con la “giurisdizione”, quella delle giurisdizioni speciali amministrative. Un processo che ha consentito l’emersione di quegli “interessi” negletti dalla legge del 1865, trasformati in “una categoria nuova di diritti tutt’affatto nuova nel nostro regime giuridico”, non più garantiti “soltanto dal benigno riguardo e dall’equanimità illuminata delle autorità supreme della gerarchia politico-amministrativa”. La stessa distinzione tra “diritti” e “interessi”, anch’essa fondata sulla legge del 1865, viene messa *sur la sellette*, avendo elevato una “siepe

---

<sup>29</sup> L. Mortara, *Rapporti fra la giurisdizione ordinaria civile e quella della IV sez. del Cons. di Stato a proposito del monopolio dei comuni pel trasporto di cadaveri*, in *Giur. it.*, 1898, I, 1, 289.

Sul primato della tutela in forma specifica nella tradizione della giustizia amministrativa, si consenta un rimando a M. Mazzamuto, *Le tecniche di attuazione dei diritti nel processo amministrativo*, già in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2018, ora in G. Grisi (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent’anni dal convegno palermitano*, Napoli, 2019, 283 ss.; nonché, nell’ambito di una ricerca UE diretta dal prof. G. Della Cananea, a M. Mazzamuto, *The formation of the Italian administrative justice system, European common principles of administrative law and “jurisdictionalization” of administrative justice in the nineteenth century*, in corso di pubblicazione.

<sup>30</sup> L. Mortara, *Rapporti fra la giurisdizione ordinaria civile e quella di legittimità a proposito della validità ed efficacia d’un rapporto civile contrattuale*, in *Giur. it.*, 1898, I, 1, 954. Poco dopo, Id., *Della competenza della IV sez. del Cons. di Stato sulle domande di reintegrazione di un diritto civile patrimoniale leso da un provvedimento della autorità amministrativa*, in *Giur. it.*, 1898, I, 1, 979: “ci sembra di dovere qui un’altra volta rilevare con sincero rammarico come le decisioni della corte suprema difettino di quella uniformità di pensiero e di forma”.

<sup>31</sup> L. Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, I, Milano, s.d..

<sup>32</sup> L. Mortara, *Per la istituzione di un tribunale supremo dei conflitti di giurisdizione*, in *Monitore dei tribunali*, 1899, 245, avallando una proposta di riforma in tal senso presentata dal Governo nel 1897.

impenetrabile” alla protezione giurisdizionale di questi ultimi, e se a tale distinzione “sorrise il favore dei giuristi e dei magistrati, sedotti dalla semplicità e apparente chiarezza della formola, *l’esperienza, questa pietra di paragone infallibile, non le fu ugualmente propizia*” (corsivo ns.).

Si finisce persino per elogiare il modello francese, vecchio nemico degli abolizionisti, ove “fu riconosciuta la necessità di frenare gli arbitri e di controllare l’esercizio della podestà discrezionale della funzione governativa, attribuendo ai soggetti giuridici una nuova specie di diritto, che può esattamente essere designato, a parer mio, col nome di diritto alla legittimità degli atti discrezionali della funzione governativa”. E “tale” è “l’idea animatrice del novello istituto della giustizia amministrativa”, introdotto con la legge crispina, con un analogo riconoscimento di quel diritto alla legittimità che costituisce “una delle più significanti conquiste del diritto pubblico moderno”.

Potremmo chiederci perché mai la tutela di questi nuovi diritti non avrebbe potuto pur sempre incunearsi nella giurisdizione unica, mentre è “somma convenienza di attribuirli, almeno per ora, e per non breve tempo avvenire, alla cognizione di un organo di giurisdizione, specialmente adatto a tale ufficio”?

Mortara non manca affatto di dare una risposta, consapevole ormai degli esiti della giurisprudenza della IV Sezione e degli aspetti di peculiarità della giustizia amministrativa rispetto al modello civilistico: “Non questioni di tuo e di mio che debbono essere scrutate minuziosamente col microscopio del legista, ma la determinazione, mediante vedute larghe e complessive, dell’equilibrio tra la sicura efficacia dell’azione governativa e l’integrità del diritto che impera su tutta la vita dello Stato, è il compito delicato e difficile che il novello istituto affida alla funzione giurisdizionale. Quindi l’esame del giudice, massime quando si disputa sopra l’eccesso di potere nell’atto di amministrazione, deve farsi non di rado così penetrante da cercare i riposti criteri che determinarono il provvedimento impugnato”; e ancora “gli effetti della decisione” che “spaziano per regola in un campo in comparabilmente più largo di quello in cui sia contenuta l’autorità del giudicato civile”.

La conclusione è tranciante: “Queste considerazioni servono a spiegare perché non sarebbe stata opera di assennato legislatore confidare un ufficio giurisdizionale di tale natura e di tanta gravità alle gerarchie giudiziarie comuni”<sup>33</sup> e, nello stesso tempo, “come la profonda differenza fra l’organizzazione giurisdizionale ordinaria e questa speciale allontani più che mai la prospettiva a cui si volgevano ansiosi i vagheggiatori dell’unità organica della giurisdizione”, i cui “piani architettonici” sono rimasti sconvolti dalla “nuova creazione” della giustizia amministrativa.

Ed infatti “tutto questo dà per risultato definitivo, al tempo presente, che i supposti residui dell’antico contenzioso amministrativo ai quali credevasi accordata breve sopravvivenza dopo la legge del 1865, si videro contro la comune previsione diventare pietre angolari di un nuovo imponente edificio; dell’edificio cioè delle giurisdizioni speciali, non inferiore ormai per importanza, dimensioni e maestà a quello della giurisdizione ordinaria”, anzi “l’importanza giuridica e politica del compito assegnato alle giurisdizioni speciali va quasi diventando superiore a quella degli uffici del magistrato ordinario”.

Si comprende, con tali premesse, che Mortara, come recita lo stesso titolo del saggio, confermi il suo avallo alla creazione di un tribunale dei conflitti in luogo di una Cassazione che “si trova ormai a disagio” e che “s’impegna talvolta in lotte superflue e veramente fantasmagoriche, per rivendicare alla tutela giurisdizionale la difesa di diritti che essa crede pericolanti solo perché si discute se l’ufficio di tutelarli spetti piuttosto ad una giurisdizione speciale che ai tribunali ordinari”.

Ma il vero punto è soprattutto questo: “Se la ragione di creare e far agire le giurisdizioni speciali per la difesa di certi diritti e per l’applicazione di certe norme giuridiche, sta principalmente nella necessità di provvedere a tali uffici con particolare adattamento degli organi alla funzione che deve essere esercitata, come mai si

---

<sup>33</sup> Non diversamente da quanto, ad es., affermato da A. Codacci Pisanelli, *L’eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, 1892, cit., 2933: “finché di facoltà discrezionali sia da sommo ad imo intessuta ogni pubblica gerarchia, i tribunali ordinari non potranno sopperire al bisogno di assicurare la giustizia nell’amministrazione. Il loro controllo esterno e schematico dovrà fra l’altro essere integrato e supplito da quello più penetrante e più efficace di speciali giurisdizioni amministrative”.

potrà concedere, senza offesa alla logica, che condizioni analoghe di adattamento non siano da ricercarsi nell'autorità incaricata di decidere, con inevitabile delibazione della materia controversa, se questa rientri o meno nella competenza del giudice speciale?".

Argomento che avrebbe potuto pienamente sottoscrivere la scuola palermitana, ma con l'importante differenza che quest'ultima puntava sulla natura "amministrativa" della IV Sezione, potendo soltanto prospettare la non ricorribilità in Cassazione delle relative pronunce, mentre, nel caso di Mortara, l'affermata natura "giurisdizionale" della IV Sezione, sulla quale ormai "difficilmente si ritenterebbe la discussione"<sup>34</sup>, imponeva la presenza di un organo giurisdizionale che governasse i conflitti, sicché non restava che insistere sulla corretta composizione di un siffatto organo<sup>35</sup>.

Rimane, per completezza, un'ultima considerazione.

Nel 1912, mentre continua a valorizzare la posizione giurisdizionale del giudice amministrativo, criticando, ad es., l'orientamento della Cassazione, secondo il quale, quando, in sede di impugnazione di un atto amministrativo, si pone una questione preliminare di diritto civile, il Consiglio di Stato deve sospendere il giudizio e aspettare che si pronunci l'autorità giudiziaria, Mortara ritorna sulla questione del tribunale dei conflitti, affermando inaspettatamente: "Io, che in altri tempi ebbi a vagheggiare questa istituzione, mi sono da qualche anno dichiarato di opposto avviso, avendo acquistata la persuasione, per lunga esperienza, che la Corte di Cassazione possa e sappia bene adempiere l'eminente ufficio"<sup>36</sup>.

Tale *revirement* sorprende, anche perché esso non consegue né ad una riconsiderazione approfondita dello specifico problema, né tanto meno ad una rivisitazione di tutti gli altri assunti che avevano caratterizzato il costruito degli anni precedenti, anzi rimane incrollabile il riconoscimento della specificità e del valore della giustizia amministrativa, se ad esempio, nello stesso anno, non si ha difficoltà a confermare che "un progresso ulteriore fu compiuto con la legislazione del 1889"<sup>37</sup>, o anche, ben più in là nel tempo, non si ha parimenti difficoltà ad ulteriormente asseverare che "l'indagine, che verte soltanto sull'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione, ha una sfera molto più ampia nel campo della giustizia amministrativa (basti rammentare le indagini sull'eccesso di potere), di quella accessibile al sindacato della giurisdizione ordinaria"<sup>38</sup>.

Resta soltanto quel riferimento alla "lunga esperienza". E' noto che Mortara nel 1903 divenne, per meriti insigni, consigliere di Cassazione, sino ad assumere dal 1915 al 1923 la carica di primo presidente della Cassazione romana. L'impressione è allora che si sia trattato di un affidamento del tutto personale, come a dire che, grazie alla presenza di magistrati consapevoli, come nel suo caso, dell'importanza delle giurisdizioni speciali, la Cassazione potrà ben operare rispetto al passato, anzi potrà condurre per questa retta via l'intero sistema.

Ma si sbagliava. Quando un'istituzione contiene un difetto strutturale, e tale rimaneva, così come rimane ancora, l'anomalia di siffatta competenza delle Sezioni Unite in un ordinamento ormai informato al pluralismo giurisdizionale, l'intelligenza correttiva dei suoi componenti è un accidente soggettivo che difficilmente può assicurare un risultato duraturo.

---

<sup>34</sup> L. Mortara, *Rapporti fra la giurisdizione ordinaria civile e quella della IV sez. del Cons. di Stato a proposito del monopolio dei comuni pel trasporto di cadaveri*, 1898, cit., 288.

<sup>35</sup> Un anno dopo, la già denunciata incertezza della giurisprudenza delle Sezioni Unite porterà ulteriore alimento alle prospettive di riforma. L. Mortara, *Questioni di competenza circa i diritti subiettivi pubblici degli impiegati comunali*, in *Giur. it.*, 1900, I, 1, 395: "per dire più chiaramente una verità obiettiva, io penso che la istituzione del tribunale dei conflitti porterebbe correzione provvidenziale di tale difetto, anche per una ragione organica, e cioè per la maggiore stabilità della sua composizione e pel minor numero dei suoi componenti".

<sup>36</sup> L. Mortara, *Sui rapporti fra la giurisdizione ordinaria e le giurisdizioni speciali a norma delle leggi 31 marzo 1877 e 17 agosto 1907*, in *Riv. dir. pubb.*, 1912, II, 51.

<sup>37</sup> L. Mortara, *La giustizia nello stato democratico*, 1912, ora in *Id.*, *Lo stato moderno e la giustizia*, Napoli, 1992, 187.

<sup>38</sup> L. Mortara, *La giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa per il sindacato di legittimità degli atti amministrativi*, in *Riv. dir. pubb.*, 1930, 402.

Ed infatti, già alla fine degli anni venti, quando Egli non era più Presidente, si consumò, come si è in precedenza già evocato, una recrudescente ingerenza della Cassazione nel sindacato del Consiglio di Stato sul vizio di eccesso di potere degli atti amministrativi.

E' del resto lo stesso Mortara che definitivamente smentirà quella sua ingenua profezia, quando, nel 1934, nonostante le "osservazioni più volte fatte" in precedenti note, si troverà costretto, ad ennesimo commento di una pronuncia delle Sezioni Unite, a "spiegare la nostra insistenza nel desiderio di un migliore indirizzo della giurisprudenza delle sezioni unite sulla materia dell'eccesso di potere e sulla giurisdizione che esercita intono ad essa il consiglio di Stato in sede di legittimità. Non ci stancheremo di ripetere che l'art. 48 del testo unico 26 giugno 1924 conferisce alla corte di cassazione in sezioni unite soltanto il potere di annullare le decisioni viziate *da assoluto difetto di giurisdizione*. Quando il consiglio di Stato annulla per eccesso di potere l'atto amministrativo non solo pronuncia *dentro i limiti della propria giurisdizione*, ma pronuncia con un potere giurisdizionale esclusivamente suo proprio, come lo dimostrano le origini e lo svolgimento storico della giustizia amministrativa"<sup>39</sup>.

4. In conclusione, la superiore disamina ci consente di affermare che, nel percorso dei due illustri giureconsulti, l'osservazione dell'esperienza, cioè degli esiti concreti delle vicende ordinamentali determinò una decisa torsione degli originari assunti teorici, sino ad una vera e propria evaporazione di quel mito della giurisdizione unica, cui per formazione erano entrambi devoti.

Questi sviluppi si accompagnarono ad una crescente consapevolezza delle specifico rilievo della tutela apprestata dalla giustizia amministrativa, cogliendone i due tratti più caratteristici, ereditati dalla tradizione graziosa, ovvero sia il controllo sulla discrezionalità e l'ampiezza degli interessi tutelati.

Mancava ancora una più completa rappresentazione degli ulteriori principi che, non meno, segnavano e segnano ancora il regime di diritto pubblico.

Emblematico è il caso della violazione di legge, che si collegava piuttosto ai tradizionali diritti e il cui sindacato, grazie alla ipotizzata concorrenza delle due giurisdizioni (in un caso, con l'espedito della natura amministrativa della IV Sezione, in altro caso, con l'espedito del criterio della prevenzione tra giurisdizioni), avrebbe potuto continuare a costituire un attributo naturale del giudice ordinario, mentre, anche qui, poteva sottolinearsi che la non conformità alla legge ha una valenza ben diversa nei due sistemi, pubblicistico e civilistico, come ben diversa è l'attitudine dei rispettivi giudici nel vagliarla.

Mortara coglie nella tradizione della giustizia amministrativa la necessità di "vedute larghe e complessive", ma ciò si correla essenzialmente al problema della discrezionalità, non avvedendosi che siffatta originaria "elasticità"<sup>40</sup> coinvolge anche l'interpretazione delle norme scritte, con una, razionalizzante, propensione manipolatoria della pura "lettera" delle leggi sconosciuta alla tradizione civilistica<sup>41</sup>. Non si considera inoltre, che la violazione di legge, in un caso, determina di regola l'invalidità dell'atto, come ebbe pure ad evidenziare Federico Cammeo<sup>42</sup>, mentre, in altro caso, la determina solo in presenza di espressa comminatoria, unitamente ai casi eccezionali di invalidità virtuale, avendo di regola le regole civilistiche valore dispositivo. Come si vede, una norma può risuonare in termini affatto diversi a seconda del "sistema" in cui viene ambientata, sicché, anche sotto questo profilo, alcuna equivalenza era ed è ancora predicabile tra le due giurisdizioni.

---

<sup>39</sup> L. Mortara, *Sindacato delle Sezioni unite sull'eccesso di potere*, in *Giur. it.*, I, 1, 495.

<sup>40</sup> J. G. Locré, *Du Conseil d'État, de sa composition, de ses attributions, de son organisation intérieure, de sa marche, et du caractère des ses actes*, Parigi, 1810, 166-168.

<sup>41</sup> Si consenta un rimando a M. Mazzamuto, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 509-510; nonché a Id., *L'incertezza nel diritto amministrativo tra norme scritte e giurisprudenza pretoria: per un diritto giurisprudenziale a sovranità legislativa limitata*, in AIPDA, *Annuario 2014. L'incertezza delle regole*, Napoli, 2015, 295 ss.

<sup>42</sup> F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, 1911-14, Padova, 1960, 597: nel diritto pubblico "vi è una tendenza a estendere enormemente il campo delle invalidità virtuali fino a considerare che, tranne rare eccezioni, ogni violazione di legge induce invalidità".

In altre parole, si diede una giusta, ma, per altro verso, oscurante enfasi al problema della discrezionalità, quasi che il relativo controllo fosse l'unica ragione atta a giustificare la giustizia amministrativa e non anche tutto un sistema giuspubblicistico ricco di ulteriori contenuti, ben distanti dal *milieu* civilistico del giudice ordinario.

Non si può tuttavia pretendere che in una sola generazione si potesse raccogliere interamente il valore di una tradizione, quella della giustizia amministrativa, che, nel nostro ordinamento, era stata per diversi decenni ripudiata e travisata. Sorprende semmai che ancor oggi la dottrina o, a volte, il giudice della giurisdizione, al fine di recuperare pezzi di competenza dell'autorità giudiziaria, possano rimanere racchiusi nel solo *scrimen* della discrezionalità, mentre ciò che realmente conta è la qualificazione pubblicistica o privatistica degli atti e/o rapporti ed il conseguente inserimento nell'uno o nell'altro sistema, sostanziale e processuale.

E soprattutto, infine, senza certo dimenticare il ruolo svolto da altre figure, come Santi Romano, anche nella veste di Presidente del Consiglio di Stato, Codacci Pisanelli, Cammeo, Ranelletti e così via, non si può sottacere un merito indiscusso da tributare a queste illustri dottrine liberali che vissero in prima persona la difficile stagione dell'alternativa tra monismo e dualismo, e cioè di avere dato un contributo importante al definitivo consolidamento della giustizia amministrativa.

Rimarranno invece senza esito i complicati tentativi, secondo la logica del "completamento", di salvare in qualche misura il ruolo della giurisdizione ordinaria.

Quella della legge del 1865 fu sin dall'inizio una storia invero fantasmagorica, vissuta più che altro nell'astratto tessuto argomentativo delle ricostruzioni dottrinarie. La sua attuazione (*rectius* inattuazione) non diede mai luogo ad un effettivo incardinamento sistematico della giurisdizione ordinaria nelle controversie di diritto pubblico, impedito prima dalla distinzione tra atti di impero e atti di gestione, poi dalla degradazione dei diritti soggettivi, che non è altro che un modo per perpetuare, nel prisma delle posizioni soggettive, la suddetta distinzione, solo apparentemente abbandonata. Non vi fu dunque un "completamento" poiché non vi fu mai nulla di apprezzabile, nella mani del giudice ordinario, da completare<sup>43</sup>.

Più semplicemente, le controversie di diritto pubblico, durante la prima vigenza della LAC, furono rimesse ai rimedi amministrativi, dove il Consiglio di Stato esprimeva i suoi pareri, di fatto vincolanti, sia in sede di ricorso straordinario, sia, molto più di quanto generalmente si creda, in sede di ricorsi gerarchici, per poi, dopo la riforma crispina, accedere alla giurisdizione della IV Sezione. In questo senso la legge del 1865, pur avendo abolito le materie numerate di competenza del contenzioso amministrativo, non intaccò in alcun modo la generale fucina della giustizia amministrativa, che poté continuare il suo percorso nel segno della "continuità" istituzionale e di una giurisprudenza già consolidata: dai rimedi amministrativi, la cui importanza è stata sempre sottovalutata, alla "giurisdizionalizzazione" dello stesso organo tradizionale della giustizia amministrativa, così come, similamente, era già avvenuto in Francia col passaggio dalla giustizia ritenuta a quella delegata, con la sola differenza che i cugini d'oltralpe effettuarono questo passaggio per trasformazione della prima nella seconda, mentre da noi la giustizia delegata, quella della IV Sezione, si "aggiunse" a quella ritenuta, ponendo il problema dei rapporti tra i due ricorsi e la stessa opportunità del mantenimento dell'istituto del ricorso straordinario<sup>44</sup>.

**Marco Mazzamuto**

Professore di diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Palermo

Pubblicato il 3 settembre 2019

---

<sup>43</sup> Si consenta un rimando a M. Mazzamuto, *Francesco Crispi e la istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *P.A. Persona e amministrazione*, rivista on line, 2017, 441.

<sup>44</sup> Sul processo di "giurisdizionalizzazione" della giustizia amministrativa in Europa nella seconda metà del XIX sec., si consenta un rimando a M. Mazzamuto, *The formation of the Italian administrative justice system*, cit..